

Bijlage 1 Analyse juridische aspecten van klimaatheffing op importen

Opgesteld door het Ministerie van Economische Zaken

Inleiding

Aanleiding

De Europese Commissie deed op 23 januari jongstleden voorstellen voor aanpassing van de EU-richtlijn voor emissiehandel (ETS). Hiermee zijn verdergaande eenzijdige maatregelen van de EU om CO₂ uitstoot tegen te gaan aan de orde. In de discussie over internationale aspecten van zulke eenzijdige maatregelen van de EU zijn vooral drie punten van zorg naar voren gekomen:

- negatieve gevolgen voor de internationale concurrentiepositie van een aantal sectoren;
- milieubelangen zijn niet gediend met louter verplaatsing van uitstootgevende activiteit naar gebieden waar voor CO₂ uitstoot niet wordt betaald;
- de onderhandelingspositie van de EU wordt zwakker doordat de EU op voorhand haar kaarten al op tafel legt.

In deze discussie zijn importmaatregelen, of het dreigen daarmee, genoemd als mogelijkheid om tegemoet te komen aan deze zorgen.

In een Algemeen Overleg op 9 april jongstleden werd de Tweede Kamer een nadere analyse toegezegd van mogelijke handelsmaatregelen in verband met genoemde ETS-voorstellen. Het Centraal Planbureau deed naar aanleiding van deze toezegging, samen met het Planbureau voor de Leefomgeving, onderzoek naar economische aspecten van handelsmaatregelen. In deze notitie gaat het om volkenrechtelijke kanten en implicaties voor betrekkingen met derdelanden. Met dit onderzoek en deze notitie wordt aan genoemde toezegging voldaan.

Context en “timing”

Verschillende soorten maatregelen zijn denkbaar om negatieve concurrentiegevolgen van eenzijdige CO₂ maatregelen en ongewenste verplaatsing van economische activiteit tegen te gaan. Handelsmaatregelen vormen daartoe slechts één, en waarschijnlijk niet de beste, mogelijkheid. De Europese Raad concludeerde immers in maart jongstleden dat de weg van internationale onderhandelingen en afspraken de voorkeur geniet.

Ook in de voorstellen van de Europese Commissie zouden handelsmaatregelen pas in het licht van uitkomsten van de lopende klimaatonderhandelingen worden uitgewerkt. Een aantal lidstaten, thans onder aanvoering van Frankrijk, wenst echter nog dit jaar in de ETS-richtlijn bepalingen op te nemen met betrekking tot toekomstige handelsmaatregelen. Nederland heeft, samen met de Bondsrepubliek en het Verenigd Koninkrijk, voorgesteld in de ETS-richtlijn criteria op te nemen ter bepaling van sectoren die internationale concurrentieproblemen zouden kunnen krijgen, om volgend jaar de betrokken (sub-)sectoren te kunnen identificeren en vervolgens, in het licht van uitkomsten van de klimaatonderhandelingen, te bezien welke maatregelen, waaronder eventuele importmaatregelen, precies nodig zijn.

In Europees verband wordt vrijwel algemeen aanvaard dat bij eventuele handelsmaatregelen de volgende uitgangspunten gelden:

- het gaat om landen die niet meedoen met het toekomstige klimaatakkoord;
- als instrument zal worden gebruikt een verplichting voor Europese importeurs van bepaalde goederen uit zulke landen om emissierechten in te leveren;
- de (WTO-)verdragsverplichtingen van de EU moeten worden eerbiedigd.

Overigens zijn sectoren die internationaal vaak in verband met “carbon leakage” worden genoemd de (basis-)chemie, minerale producten als glas en cement, ferro- en non-ferrometalen, alsmede papier.

Hieronder wordt eerst ingegaan op gesuggereerde handelsmaatregelen. Vervolgens worden karakter en kenmerken van de WTO als kader hiervoor geschetst. Tenslotte komen relevante uitzonderingsbepalingen die de WTO kent aan de orde.

Gesuggereerde maatregelen

Zowel in de VS als in Europa zijn importmaatregelen onderdeel van de klimaatdiscussie:

- “cap and trade” is indertijd op voorspraak van de VS opgenomen in het Kyoto-protocol. Beide presidentskandidaten zijn hiervan nu voorstander en in het Congres is uitwerking hiervan aan de orde. Hiermee keert continuïteit terug in het Amerikaanse beleid, na de breuk van de afgelopen jaren onder de regering Bush. Onder invloed van bedrijvenlobbies is een grensheffing jegens landen die niet een met de Amerikaanse “vergelijkbare” inspanning leveren onderdeel van de plannen. De verwachting is dat elk CO₂ regime dat volgend jaar in Washington aan de orde komt zal voorzien in importmaatregelen;
- de EU zal later dit jaar besluiten tot uitbreiding en aanscherping van haar systeem voor emissiehandel (ETS) in de periode na 2012. Zogenaemde carbon leakage – productie wordt verplaatst naar landen waar CO₂ uitstoot goedkoper is – is daarbij een punt van zorg. Hoewel de Europese Raad afgelopen maart vaststelde dat dit het best kan worden verholpen door internationale onderhandelingen, blijft de mogelijkheid van een vorm van heffing op importen, in het bijzonder jegens landen die niet zouden meedoen aan een nieuw klimaatverdrag, een rol spelen.

Naast belangen van milieu en concurrentiekracht speelt vooral in de VS een zeker anti-China sentiment mee. Maar ook bijvoorbeeld India, Brazilië (waar recent nieuwe olievoorkomens in productie zijn genomen, vooral bedoeld voor plaatselijke verwerking), Saudi-Arabië, dat een petrochemische industrie ontwikkelt, en de Russische Federatie kunnen in beeld komen. Verder kunnen er verschillen zijn tussen het regime dat de EU zal invoeren en dat van de VS, waardoor complicaties kunnen ontstaan.

Op de vraag welke handelsmaatregelen die verband houden met de klimaatproblematiek nu wel, en welke niet zouden mogen volgens WTO-regels en -afspraken kreeg DG-WTO Lamy van zijn juristen het advies hierover niet meer te zeggen dan “het hangt ervan af”. De afgelopen tien, vijftien jaar is over dit onderwerp wel een omvangrijke literatuur ontstaan. De waarde hiervan is echter betrekkelijk. Juridische activiteit bestaat voornamelijk uit de kwalificatie van feiten in het licht van normen, dus blijft toetsing aan WTO-bepalingen speculatief zolang onduidelijk is welke handelsmaatregelen precies in verband met het klimaat worden beoogd. En in de WTO-jurisprudentie ligt de nadruk op beoordeling van uitzonderingen van geval tot geval. Ook blijkt dat wat juridisch wellicht pleitbaar zou zijn niet altijd praktisch uitvoerbaar of politiek gewenst is. Drie voorbeelden:

Belastingvereffening

Een constructie uitgaande van het idee van een aan de grens te vereffenen belasting op (energie) “inputs” is niet ondenkbaar. Veiling van emissierechten zoals binnen de EU aan de orde voldoet echter waarschijnlijk niet aan de omschrijving van een belastingmaatregel. Een fiscale belasting is een afdracht aan de overheid waar niet direct iets tegenover staat. Met ETS-rechten verwerft de koper echter een verhandelbaar waardepapier. Deze benadering gaat

ook voorbij aan de internationale context omdat het uitgangspunt, net als bij de BTW, vereffening is van wat in het importerende land binnenslands is verschuldigd. Alle derdelanden worden dus getroffen, of zij een klimaatinspanning leveren of niet.

Alleen een heffing op importen

Eén benadering gaat dan uit van (groepen van) producten uit landen die zich onvoldoende voor het klimaat inspannen. Wanneer landen eenzijdig gaan bepalen welke inspanning van anderen “voldoende” is, zoals in de VS is voorgesteld, dan zullen echter conflicten en escalerende maatregelen over en weer niet uitblijven. De Europese Commissie denkt daarentegen terecht aan landen die in het geheel niet meedoen aan een klimaatakkoord. Met het sluiten van een akkoord zal de EU immers tegelijk instemmen met de verdeling van rechten en plichten die daarin is vervat. Ook deze benadering kan echter kwetsbaar zijn omdat al dan niet deelnemen aan een klimaatakkoord op zich geen afbreuk doet aan rechten en plichten uit andere (WTO-) verdragen.

Bij een veilingstelsel doen zich, anders dan bij een vaste belasting, praktische problemen voor bij bepaling van de basis voor de hoogte van een heffing op importen. Moet dit bijvoorbeeld een gemiddelde CO₂ prijs zijn in een voorbije periode? Waarvan moet het CO₂ gehalte waarop een heffing is gebaseerd worden afgeleid? Individuele buitenlandse producenten zullen gelegenheid moeten krijgen om aan te tonen dat hun uitstoot afwijkt van de gehanteerde methode, tenzij “best available technology” als basis geldt (maar dan worden de heffingen weer lager). En is het wel redelijk, in het licht van het beoogde milieudoel, dat een buitenlandse producent die beter presteert dan (sommige) binnenlandse producenten überhaupt met een heffing wordt geconfronteerd, ongeacht het beleid van zijn overheid? Of in ieder geval slechts een heffing krijgt opgelegd voor het deel waarmee zijn CO₂ prestatie achterblijft bij dat van producenten in het importerende land?

Een andere benadering gaat ervan uit dat buitenlandse producenten die geen kosten hebben moeten maken voor hun uitstoot daardoor, weliswaar indirect, een subsidie hebben ontvangen die bij import elders door een heffing kan worden gecompenseerd. Het is dan echter wel nodig om aan te tonen dat specifieke importen, per product en per buitenlandse producent, profiteren van de vermeende subsidie en dat die schade veroorzaakt voor de eigen producenten. Deze productspecifieke benadering zou het mogelijk maken om het probleem van discriminatie tussen landen te vermijden – het gaat immers om compensatie van een concreet voordeel voor individuele buitenlandse producenten – maar het is de vraag of deze mate van gedetailleerdheid in praktijk wel werkbaar zal zijn. De EU heeft bijvoorbeeld wel inspecteurs die abattoirs in het buitenland die naar de EU willen exporteren controleren, maar deze opereren daar met instemming van het betrokken land en het lijkt praktisch niet goed werkbaar om deze aanpak in te zetten bij een groot aantal producenten van uiteenlopende CO₂ relevante producten in veel landen.

Verplichte aanschaf van emissierechten door importeurs

Dit wordt door de Europese Commissie genoemd als toekomstige mogelijkheid voor import uit landen die niet deelnemen aan een klimaatakkoord. Bovengenoemde complicaties bij vereffening of een simpele grensheffing hebben bijgedragen tot deze keuze. Frankrijk heeft deze benadering omarmd. Een voordeel hiervan is bij een veilingstelsel dat onduidelijkheid over de CO₂ prijs wordt voorkomen. Die wordt hier door de markt bepaald en niet op basis van een ingewikkelde en mogelijk willekeurige berekening. De Commissie gaat ook uit van een objectief criterium, namelijk landen die geen partij zijn bij een klimaatakkoord.

Complicaties kunnen echter, net als bij een grensheffing, ontstaan bij bepaling van de CO₂ uitstoot waarover importeurs emissierechten moeten aanschaffen. Als dit een gemiddelde is (waarvan?), zullen importeurs de mogelijkheid moeten krijgen om via een CO₂ boekhouding aan te tonen dat zij aanspraak kunnen maken op een afwijkende behandeling voor hun specifieke product. Indien het milieudoel voorop staat, is het dan wel nodig dat aan exporteurs die het al beter doen dan bijvoorbeeld het EU-gemiddelde wat voor extra kosten dan ook worden opgelegd? Bovendien veronderstelt ook de praktische werkbaarheid van deze aanpak dat er een voldoende breed gesteund klimaatakkoord is als basis voor handelsdiscriminatie naar herkomst, zodat het zal gaan om een beperkt aantal landen en handelsstromen. Dit is ook nodig om te voorkomen dat kosten voor administratie, controle en handhaving de pan uitrijzen. Algemeen volkenrechtelijk is het daarenboven zo, dat verdragen waarbij een land geen partij is zijn rechten en plichten uit hoofde van een ander verdrag op zich niet veranderen. Een WTO-land dat geen partij is bij een klimaatakkoord verliest daardoor nog geen WTO-rechten, inclusief het recht op non-discriminatoire behandeling van zijn producten op andere markten. Hieronder wordt daarom bekeken hoe klimaatmaatregelen in de WTO als organisatie en als juridisch kader kunnen worden opgevat.

Karakter en kenmerken van de WTO

De voorloper van de WTO, de GATT (1947), was vooral een bescheiden poging om te voorkomen dat landen weer zouden vervallen in de fouten van de jaren dertig. Toen leidden eenzijdige pogingen de eigen economische problemen op te lossen ten koste van anderen tot een neerwaartse spiraal en aanhoudende recessie waarvan geen enkel land beter werd. De Directeur-Generaal van de WTO, Pascal Lamy, is echter niet optimistisch over de kansen dat zijn organisatie zelfstandig het hoofd zal kunnen bieden aan klimaatgerelateerde (handels-) conflicten. Eind mei jongstleden herhaalde hij voor het Europees Parlement de boodschap die hij eerder tijdens de klimaatconferentie in Bali (december 2007) bracht, dat “the relationship between international trade, the WTO, and climate change, would best be defined by a consensual international accord on climate change”. Zonder zo’n akkoord zou de WTO volgens Lamy de grootste moeite hebben om tot een coherente positie te komen, te midden van lidstaten die van mening verschillen over de rol van handel bij aanpak van het klimaatvraagstuk en die elk een eigen mening hebben over wat een “level playing field” is en hoe dit te bereiken. Om het pessimisme van DG Lamy in context te brengen is het goed karakter en kenmerken van de WTO-verdragen (en, daarvoor, van de GATT) in herinnering te roepen.

Non-discriminatie

Dit geldt zowel: a) nationale behandeling van buitenlandse goederen als; b) gelijke behandeling van goederen uit alle landen van de organisatie. De beoogde klimaatheffingen op ingevoerde producten zijn in het algemeen discriminatoir van aard omdat onderscheid gemaakt wordt, hetzij naar land van herkomst, hetzij tussen nationale en ingevoerde producten. Ter rechtvaardiging hiervan kan wellicht een beroep op uitzonderingsbepalingen worden gedaan (zie onder artikel XX), maar eenzijdige beoordeling van de klimaatinspanning in andere landen is hierbij op zich niet voldoende. Ontwikkelingslanden kunnen bovendien inbrengen dat hun recht op ontwikkeling en doorgaans betrekkelijk lage CO₂ uitstoot, althans per hoofd van de bevolking, juist een gunstiger behandeling rechtvaardigt. Ook zijn de mogelijkheden om onderscheid te maken tussen gelijksoortige locale en ingevoerde producten beperkt, onder andere waar het gaat om onderscheid naar proces- en productiemethoden (en de CO₂ uitstoot daarvan) die de kenmerken van het product zelf niet beïnvloeden.

Vermindering van tarieven en handelsbelemmeringen

Handelsvrijmaking door wederkerige en wederzijds voordelige, onderhandelde afspraken is het streven. GATT noch WTO schrijven vrijhandel voor. Dit is een zaak voor landen onderling. Pendant hiervan is dat in laatste instantie het doel van WTO-rechtspraak niet is het straffen van overtreders, maar herstel van het evenwicht van rechten en verplichtingen tussen partijen bij een conflict. Dit kan inhouden dat over en weer handelsbeperkende maatregelen worden genomen. Als een dergelijke spiraal voortvloeit uit (klimaat-) beleid, dan zal dit de kosten van dat beleid verhogen.

Regels met betrekking tot een "level playing field"

Hiertoe behoren bijvoorbeeld afspraken over subsidies en compenserende heffingen, (anti-) dumpingmaatregelen en disciplines ten aanzien van staatshandelondernemingen. Ook mag onder andere omzetbelasting die drukt op een product bij export worden teruggegeven en bij import worden opgelegd. Dit geldt echter niet voor meer algemene fiscale en andere bedrijfs- en personeelslasten. Verschillen in vennootschapsbelasting, sociale zekerheidsstelsels, loonkosten, energieprijzen en dergelijke betekenen weliswaar dat vrijwel nooit sprake is van een "level playing field", maar moeten voor lief worden genomen (tenzij sprake is van een gerichte subsidie). Het is de vraag hoe de met CO₂ emissies gemoeide kosten in dit verband moeten worden gekwalificeerd. Bovendien ligt hier geen pleitbare grond voor discriminatie tussen landen omdat van producten en niet van landen wordt uitgegaan.

Flexibiliteit

Zo kunnen tarieven weer worden verhoogd voor bepaalde producten indien dit wordt gecompenseerd door verlaging elders, kan tijdelijke bescherming worden ingesteld indien toegenomen invoer leidt tot schade (vrijwaring) of in geval van een "infant industry" in ontwikkelingslanden, kunnen betalingsbalansproblemen invoerbeperkingen rechtvaardigen, mogen landen een vrijhandelszone of douane-unie vormen indien dit niet ten koste gaat van anderen en kan worden besloten verplichtingen opzij te zetten door verlening van een "waiver" (in uitzonderlijke gevallen en, in praktijk, bij consensus). Dit laatste kan van belang zijn ter verduidelijking van de verhouding met handelsbepalingen in een klimaatakkoord.

Arbitrage in geschillen

Het WTO-recht heeft eigenschappen van civiel recht en niet die van strafrecht. "De" WTO ziet niet toe op naleving van verdragsbepalingen of afspraken en zet actie ter handhaving daarvan niet in. Uitleg van feiten, bepalingen of afspraken komt pas aan de orde als een land een geschil aanbrengt. WTO-uitspraken zijn een afgeleide van een conflict tussen leden van de organisatie. Politiek en diplomatiek succesvol opereren lost dergelijke conflicten vroeg op en voorkomt WTO-zaken.

De "sancties" waarin een WTO-uitspraak kan voorzien zijn ook geen straffen, maar hebben in laatste instantie tot doel om het evenwicht van rechten en plichten tussen partijen te herstellen. Het verdient nadrukkelijk de voorkeur dat dit evenwicht wordt hersteld doordat de in het ongelijk gestelde partij zich weer gaat houden aan de regels of gemaakte afspraken. Echter, zo niet, dan mag de benadeelde partij gelijkwaardige voordelen intrekken. Het evenwicht is dan, weliswaar op een lager niveau van openheid, hersteld en daarmee is de kous voor de WTO juridisch af. Zo werd de VS gemachtigd voor 30 mln. aan handel uit de EU te beperken omdat de EU er onvoldoende in slaagde wetenschappelijk te motiveren waarom zij import van vlees afkomstig van ooit met hormonen behandelde koeien verbiedt. De EU nam deze beperking van haar export voor lief en handhaafde haar verbod, ook al was het strijdig met haar verplichtingen. Als dit vaak gebeurt blijft er uiteraard van open markten steeds minder over

maar de mate van openheid is, zoals boven aangegeven, in beginsel geen zaak van de WTO maar van de lidstaten onderling. Als klimaatconflicten leiden tot beperkende handelsmaatregelen over en weer, dan zal de WTO in laatste instantie weinig kunnen doen om openheid te herstellen, ook al zullen de daarmee gemoeide bedragen van een veel grotere orde zijn.

Meegaan met de tijd

Belangrijke historische ontwikkelingen hebben in de loop der jaren hun weerslag gekregen in de GATT/WTO. Zo is in reactie op het ontwikkelingsvraagstuk in de jaren zestig en zeventig erkend dat ontwikkelingslanden niet alleen non-discriminatoire, maar daarenboven gunstiger behandeling nodig hebben. Ook is bij het ontstaan van de WTO in 1995 bevordering van duurzaamheid toegevoegd aan de doelstellingen (naast o.a. verbetering van levensstandaarden, volledige werkgelegenheid, toename van productie en handel; waar de GATT nog sprak van “volledig” gebruik van natuurlijke hulpbronnen gaat het in het WTO-verdrag over “optimaal” gebruik daarvan). Daarnaast nam het aantal aangesloten landen toe van 23 in 1948 tot 153 nu. Hiervan is een ruime meerderheid ontwikkelingsland. Een scenario waarin rijke landen uit klimaatoverwegingen beperkende handelsmaatregelen instellen tegen ontwikkelingslanden brengt de beginselen van ontwikkeling en duurzaamheid met elkaar in conflict en zet grote groepen landen tegenover elkaar. De kans bestaat dat de WTO weinig zal kunnen doen om deze politieke tegenstellingen te verzoenen, ook niet als deze leiden tot handelsconflicten.

Afbakening van het terrein van de organisatie

De WTO gaat niet over nationale of internationale veiligheid. Daar gaat de VN-Veiligheidsraad over. Haar bepalingen vormen geen beletsel voor optreden van lidstaten waar het gaat om bijvoorbeeld openbare zeden, het leven van mens, plant en dier of tot behoud van uitputbare natuurlijke hulpbronnen (de genomen maatregelen mogen echter niet leiden tot arbitraire of ongerechtvaardigde discriminatie tussen landen die onder gelijke omstandigheden verkeren of tot verkapt protectionisme). De WTO is geen milieuorganisatie en ontwikkelt geen eigen normen op dergelijke terreinen. Ook in haar jurisprudentie wordt steeds aansluiting gezocht bij inhoudelijke verdragen als CITES voor bedreigde diersoorten of Basel inzake afvalstoffen. Zo zouden ook richtsnoeren uit een klimaatovereenkomst de WTO welkom zijn. Die dienen dan wel duidelijk genoeg te zijn om richting te geven, wat nu niet altijd het geval is (bijvoorbeeld in de Conventie inzake Bio-diversiteit).

In artikel XX van de GATT (1994) en de jurisprudentie daarover zijn mogelijke uitzonderingen op WTO-verplichtingen nader uitgewerkt.

Artikel XX van GATT 1994

Dit artikel biedt, onder voorwaarden, de mogelijkheid om, in afwijking van de overige bepalingen van het verdrag, handelsmaatregelen te nemen in het belang van o.a. het leven van mens, plant en dier of behoud van uitputbare natuurlijke hulpbronnen. Daarbij ziet het Beroepslichaam – de hoogste juridische instantie van de WTO – het als zijn taak om een delicaat evenwicht vast te stellen tussen, enerzijds, het recht van partijen om een beroep te doen op deze uitzonderingsgronden en, anderzijds, hun plicht om de overige verdragsbepalingen na te komen (en dus de rechten van anderen te respecteren). Onderstaande is ontleend aan uitspraken van het Beroepslichaam in US/Gasoline, US/Shrimp, EC/Asbestos, Korea/Beef, Thailand/ Cigarettes en EC/Hormones.

Voorwaarden

Een land dat zich beroept op artikel XX dient aan te tonen dat zijn afwijkende handelsmaatregel (a) behoort tot een van de in het artikel genoemde beleidsterreinen, (b) in enig verband staat met een beleidsdoel op een van die terreinen (“necessary” in geval van leven van mens, plant en dier; “relating to” in geval van behoud van natuurlijke hulpbronnen) en (c) voldoet aan de in de kop van het artikel genoemde voorwaarden, namelijk geen arbitraire of ongerechtvaardigde discriminatie tussen landen waar dezelfde omstandigheden gelden of verkapte handelsbeperking. Het Beroepslichaam ziet deze voorwaarden als vereisten van goede trouw die moeten voorkomen dat landen oneigenlijk gebruik maken van artikel XX om onder hun verplichtingen uit te komen, ook wel het tegengaan van “abus de droit”. Bij maatregelen tot behoud van uitputbare natuurlijke hulpbronnen moet bovendien sprake zijn van restricties op binnenlandse consumptie of productie.

Schone lucht is door het Beroepslichaam erkend als uitputbare natuurlijke hulpbron, hoewel dit de opstellers van de GATT (1947) wellicht niet voor ogen heeft gestaan. WTO-bepalingen moeten echter worden gelezen in het licht van de huidige zorgen van de wereldgemeenschap en de in de preambule van de GATT (1994) opgenomen doelstelling duurzame ontwikkeling. Het gaat bij artikel XX(g) daarom niet langer alleen om olie, erts en mineralen.

Het Beroepslichaam onderschrijft eerdere jurisprudentie over het verband (“relating to”) tussen genomen maatregelen en het doel van behoud van uitputbare natuurlijke hulpbronnen: de maatregelen moeten hoofdzakelijk gericht zijn op (“primarily aimed at”) het genoemde doel.

Het Beroepslichaam heeft geen algemene uitspraak gedaan over de vraag of een beroep op artikel XX kan worden gedaan om belangen te dienen die buiten de jurisdictie van een land vallen. In de US/Shrimp zaak volstond het met de vaststelling dat er een voldoende band was tussen de VS en soms daar in de buurt migrerende schildpadden.

Bij het hanteren van wetenschappelijke gegevens geldt ook het beginsel van goede trouw als leidraad. Een wetenschappelijke consensus is niet vereist om maatregelen te rechtvaardigen. Wel is een aannemelijke interpretatie van wat er aan kennis is noodzakelijk en moet het gaan om degelijk onderzoek.

Discriminatie

Het Beroepslichaam leest de termen arbitraire of ongerechtvaardigde discriminatie en verkapte handelsbeperking als een geheel, dus geen haarkloverij over de vraag of het nu bijvoorbeeld gaat om arbitraire of om ongerechtvaardigde discriminatie. Tot de landen waartussen zulke discriminatie niet mag ontstaan wordt ook het land dat de afwijkende maatregel neemt zelf gerekend. Het is dus niet voldoende om onterechte discriminatie tussen exporterende landen te vermijden. De vraag of de opbrengst van CO₂ wordt teruggesluisd kan in dit verband relevant zijn.

Het Beroepslichaam heeft ook aangegeven dat een rigide maatregel die alle derde landen uniform behandelt onvoldoende is om discriminatie te vermijden. Er dient ruimte te zijn om landen waar afwijkende omstandigheden gelden anders te behandelen. Ook mag het niet zo zijn dat producten die wel voldoen aan de voorschriften door een land worden geweerd omdat het land van herkomst niet is erkend als betrouwbare bron.

Het Beroepslichaam heeft voorts aangegeven dat de kans dat een maatregel wordt beschouwd als arbitraire of ongerechtvaardigde discriminatie kleiner wordt indien te goeder trouw is geprobeerd met exporterende landen tot een vergelijk te komen. Gebrek aan overleg met getroffen landen over gevolgen van een maatregel voor hun export en het geheel voorbij gaan aan kosten die worden veroorzaakt voor exporteurs vergroten daarentegen weer de kans dat een maatregel onterecht zal worden bevonden.

Waar het gaat om maatregelen tot behoud van uitputbare natuurlijke hulpbronnen is volgens het Beroepslichaam niet voorgeschreven dat de deze identiek dienen te zijn aan de gelijktijdige binnenlandse restricties. Waar het om gaat is “evenhandedness”, dus eerder een gelijkwaardige dan een gelijke behandeling. Het Beroepslichaam benadrukt tenslotte dat de verhouding van artikel XX(g) tot de anti-discriminatiebepalingen van de WTO er één is die alleen van geval tot geval kan worden beoordeeld in het licht van feiten en de juridische context .

Alternatieve maatregelen

Het Beroepslichaam erkent dat landen vrij zijn om zelf hun beschermingsniveau te bepalen. Zo werd de keuze van Frankrijk om het risico op asbestgerelateerde aandoeningen tot nul te beperken door middel van een verbod als een gegeven aanvaard. Wel dient een land dat een beroep doet op artikel XX aannemelijk te maken dat andere maatregelen die minder afbreuk doen aan zijn verdragsverplichtingen niet voorhanden zijn. In het asbestgeval werden gebruiksvoorschriften niet als een alternatief beschouwd, aangezien het beoogde nulrisico, waarvoor Frankrijk mocht kiezen, daarmee niet werd bereikt.

Bij beoordeling van de vraag of een minder vergaand alternatief redelijkerwijs voorhanden is wordt gekeken naar de mate waarin een alternatieve maatregel bijdraagt aan de gestelde legitieme doelstelling. Ook heeft het Beroepslichaam aangegeven dat het onwaarschijnlijker wordt dat minder vergaande alternatieve maatregelen voorhanden zijn naarmate het beleidsdoel zwaarder weegt (bijv. het sparen van mensenlevens). Overigens vormen administratieve complicaties geen reden om een voor andere landen minder belastend alternatief niet te kiezen.

Drukmiddel

Het Beroepslichaam is niet gediend van het gebruik van handelsmaatregelen om andere landen te dwingen voorschriften in te voeren die identiek zijn aan die van het importerende land. Naast overleg te goeder trouw met exporterende landen dient deze landen ook ruimte te worden gelaten om eigen regelgeving naar eigen inzicht in te richten. Hierbij kan weer wel worden gevraagd dat het effect van zulke regelgeving bijdraagt aan de legitieme doelstelling van het importerende land.

Casus

Voorkoming van “carbon leakage” zou belangen van milieu en nationale concurrentiepositie tegelijk dienen. WTO-verplichtingen gaan over maatregelen die concurrentieverhoudingen bepalen, terwijl de uitzondering van artikel XX uitgaat van, kortweg, het milieubelang. Om met succes een beroep te kunnen doen op artikel XX in het geval van importmaatregelen ter voorkoming van “carbon leakage” zou daarom het milieubelang zwaar moeten wegen. Dit zal niet altijd zonneklaar zijn. Het Peterson Institute en het World Resources Institute illustreren dit aan de hand van de Chinese staalindustrie:

- China produceert eenderde van het wereldtotaal, maar exporteert 8% van zijn staalproductie;

- Het zijn de moderne, “schone” bedrijven die verantwoordelijk zijn voor de export en daar zit dus het concurrentie-aspect;
- Het milieu-aspect zit echter vooral bij de andere 92% van verouderde, niet energie-efficiënte productie, die internationaal niet concurreert en geen gevolg ondervindt van handelsmaatregelen elders;
- Bovendien gelden reeds binnenlandse milieubelastingen die overeenkomen met een exportheffing van zo'n \$ 50 per ton CO₂ uitstoot.

Stof voor discussie ligt hier in: a) de vraag of importmaatregelen tegen Chinees staal in hoofdzaak gericht zijn op CO₂ uitstoot; b) de vraag of importmaatregelen dan gerechtvaardigd zijn tegen de productie van bedrijven die het niet slechter doen dan het gemiddelde Amerikaanse of EU-bedrijf; en c) de vraag of de geldende milieubelastingen in China betekenen dat daar onder gelijke omstandigheden wordt geproduceerd als in de VS of de EU. Met dergelijke vragen zal bij beoordeling van importmaatregelen rekening moeten worden gehouden.

Conclusie

Eventuele importmaatregelen zouden, gegeven de manier waarop de WTO werkt, een driedelige toets moeten kunnen doorstaan. Hierbij gaat het erom dat zij: 1) politiek verstandig; 2) juridisch pleitbaar; en 3) praktisch werkbaar zijn. Waar het gaat om klimaatbeleid is een centraal dilemma dat de roep om importmaatregelen luider zal zijn naarmate het aantal derdelanden dat niet meedoet met een klimaatakkoord groter is, maar dat dan tegelijk de kans afneemt dat beperkende handelsmaatregelen de toets van politiek, pleitbaar en praktisch zullen doorstaan. Ook daarom is het terecht dat de Europese Raad in maart jongstleden klimaatonderhandelingen als middel om concurrentieproblemen tegen te gaan voorop stelde.

Een breed klimaatakkoord zal de kans vergroten dat handelsmaatregelen praktisch werkbaar en juridisch pleitbaar zullen zijn. Bovendien zal hierdoor de prikkel voor additionele importmaatregelen sterk kunnen afnemen. Zo'n akkoord zal er tegelijk toe bijdragen dat spanningen op het snijvlak van handel en klimaat met succes via de WTO zullen kunnen worden gekanaliseerd. In het licht van WTO-bepalingen en jurisprudentie zal een breed klimaatakkoord ook een rol spelen bij de beoordeling van WTO-conformiteit in enge zin van eventuele handelsmaatregelen.